447

Sobre vna ... executoria ...

42

POR
DOÑA MARIA QVIXADA,
viuda de Iuan Piñan de Zuñiga,
EN EL PLEITO EXECVTIVO
CON
EL CONVENTO DE LAS Batuecas.

1 PRetende Doña Maria Quixada, que se ha de reuocar la execucion hecha en sus bienes, y mandar se le restituyan libres, sin decima, ni costa alguna; para lo qual se vale de los fundamentos siguientes.

2 El primero, que no se ha presentado poder del Conuento para pedir esta execucion; por lo qual se deue reuocar, porque en qualquier juizio sumario, y executiuo, se ha de legitimar la persona del que lo intenta, *Bald. in l. fin. num. 50. quæst. 5. princip. versic. 8. C. de edict. Diui Adrian. Tollend. Parlador lib. 2. rerum quotidianar. cap. fin. 3. part.* §. *1. num. 8.* y es cōclusion comun, y la regla es, que el juizio es nulo, no presentando poder el procurador, *l. licet, C. de procurator. l. 20. tit. 5. part. 3. & ibi Gregor. glos.* 1. donde re

A suelue,

ſuelue, que ſi eſta excepcion de defecto de poder ſe opuſieſſe, no podria deſpues ratificar los autos hechos en èl el ſeñor a quien toca la cauſa; y lo miſmo ſiguio la *Rota Rom. deciſ. 13. & deciſ. 149. in antiquis, & deciſ. 428. in nouiſ. Caſſador ſup. regul. deciſ. 49. de empt. & vendit. deciſ. 1.*

3 Y auiendo faltado vna coſa tan ſuſtancial para fundamento de la via executiua, aunque aora ſe preſentara poder, no baſtara para ſuſtentarla, y preciſamente ſe auia de reuocar, *gloſ. in l. Bebius Marcellus, ff. de pact. dotal. Cardin. Tuſc. lit. E. concl. 483. n. 12. Ioan. Franciſ. de Ponte conſ. 42. n. 22. lib. 1. Intrigliol. lib. 2. ſingul. 156. n. 1.*

4 El ſegundo fundamento es, que en la fundació deſte cenſo huuo nulidad, a lo menos en la cantidad que ſe dexò de entregar del principal del, que auiendo de ſer mil ducados de plata por engaño de Santiago de Hontiueros, en cuyo fauor ſe fundò, no recibio mas de 500. ducados, como conſta de la carta executoria de la Sala de los ſeñores Alcaldes; por la qual fue cõdenado a que le entregaſſe la reſtante cantidad, y por no auer bienes de que cobrar no ſe hizo pago a D. Maria Quixada dellos. Y que ſea nulo el contracto de cenſo, que ſe funda a 20U. el millar, expreſſamente lo diſpone la *l. 12. tit. 15. lib. 5. Recop.* ibi: *Y que los cõtractos de juros, y cenſos, q̃ en otra manera ſe hizieren ſean en ſi ningunos, y de ningun valor y efecto, y ſe pueda por virtud dellos pedir, ni cobrar en juizio, ni fuera del, mas de a la dicha razon y reſpecto.*

5 Y que no aya recebido mas D. Maria Quixada, que los dichos quinientos ducados, conſta por la dicha carta executoria; la qual lo declara aſsi, y es verdad prouada, de que no ſe puede dudar, *l. res iudicata 207. ff. de reg. iur. l. ingenuum, ff. de ſtat. hom.* la qual perjudica, no ſolo al dicho Santiago de Hontiueros, y a ſus

A here-

herederos, ſino tambien à quien huuiere ſucedido en ſu derecho, y fuere ceſsionario, ò comprador del, *cũ nemo in alium plus iuris transferre poſsit, quam ipſe habet, l. nemo plus iuris, ff. de reg. iur. l. vẽdita, ff. de hæred. vel action. vendit. c. is qui in ius, de reg. iur. lib. 6.*

6 Y en eſte caſo juſtamente ſe ſiguio el pleito cõ Sãtiago de Hontiueros, que el que contratò con D. Maria Quixada, y el que tuuo la principal cauſa de la defenſa, y aſsi perjudica la ſentencia a los ſuceſſores, *ex l. ſæpè, ff. de re iudicat.* y en terminos que la coſa juzgada cõtra el autor paſſe contra el comprador, ò ceſsionario, es texto expreſſo la *l. ſi à te 9. §. Iulianus, ff. de except. rei iudic.* ibi: *Iulianus ſcribit exceptionem rei iudicatæ à perſona emptoris ad emptorem tranſire ſolere.* Y es comun reſolucion de los Doctores, que la excepcion que compete contra el cediente ſe puede oponer contra el ceſsionario, *DD. in l. apud Celſum, §. ſed cum legitima, & §. cùm de authoris, ff. de doli mali, & metus except. & in l. doli mali, §. diuerſam, ff. de nouation. Bart. in l. ſi quis in rẽ, ff. de procurat. Guid. Papæ deciſ. 567. n. 1. & ſingul. 564. Intrigliol. conſ. 8. n. 9. Surd. conſ. 82. n. 29. Theſaur. deciſ. 221. nu. 1. Vrſil. in annotat. ad Afflict. deciſ. 74. n. 7.* y otros muchos, que refiere, y ſigue *Carol. de Graſis de except. contra ſtatut. except. 16. n. 29. & ſeqq.*

7 Siendo pues cierto, y indubitable, que eſte cenſo ſolamente ſe pudo ſuſtentar en la mitad, que fue lo q̃ verdaderamente correſpondio a la ſuerte principal, que ſe recibio ſigueſe neceſſariamente, que la cantidad de reditos, que ſe pagaron demas en diſcurſo de tantos años extinguieron el cenſo, pues no puede auer equidad q̃ permita, q̃ pague D. Maria Quixada no ſolo reditos del dinero que recibio, ſino tambien del que no ſe le dio, y que lo que pagò indeuidamẽte no extinga la ſuerte principal contra la diſpoſicion

del texto de la *l.quoniam liberum* 10.*C.de compensat*, adonde se decide; que lo pagado indeuidamente se puede compensar con lo que verdaderamente se deue, y es tambien a proposito la razon del texto *in cap. cùm contra, de pignor. cap.* 1.*cap. conquestus, de vsur. l.* 1.*C.de pignorat. action. l.*1.*&* 2.*C.de distract. pignor. l. si ea pactione, C.de vsur. l. si dominium, C. de pignorib. l.*2.*& l.*21.*tit.*13.*part.*5.*l.*1.*tit.*2.*lib.*8.*Recop.* adōde los frutos de la prenda que recibe el acreedor extinguen *ipso iure* la suerte principal en la concurrente cantidad: y refiriendo otras autoridades *Felician.* 2. *tom.de censib. lib.* 1.*c.*3.*n.*5.*vers. Secunda est, quod fructus percepti*, acredita esta conclusion.

8 Mejorase la defensa de doña Maria Quixada con la *l. si constat* 4.*C. de compensat.* adonde si vn acreedor sub vsuris se halla deudor de su deudor, desde el tiempo que lo es ipso iure se haze compensacion, y queda pagado hasta la concurrente cātidad; demanera que solo podra pedir y cobrar interesses de lo que sobrare de la suerte principal, ibi: *Si constat pecuniam inuicem deberi ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab vtraque parte debetur, vtique quoad cōcurrentes quantitates cuiusque solius, quod amplius apud alterum est, vsuræ debentur, si modò petitio earum subsistit:* y lo mismo se infiere de la *l. etiā* 5.*C. eodem tit.* y en terminos, que los reditos, vsuras, y interesses, indeuidos, y mayores que los que permiten las leyes, extinguen la suerte principal hasta la concurrente cātidad, es texto expresso la *l. eos* 26. *§. si quis autem, C. de vsuris*, ibi: *Si quis autem aliquid contra modum huius fecerit constitutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem, sed & si acceperit in sortem hoc imputare compelletur.*

9 Y en mas apartados terminos, que el cēso fundado a mas alto precio del que permiten las leyes sea nulo

en

en todo, y no se sustente aun por la parte que corresponde a la suerte principal, que verdaderamente se recibio, lo defiende con muchas autoridades, y fundamentos *el señor don Iuan Bautista de la Rea allegat. 24 per tot. & præcipue num. 26.* adonde resuelue, que en todo es nulo el censo, y no se puede pedir en virtud del cosa alguna: y lo mismo resoluieron *Rodrig. de annuis reddit. lib. 1. q. 6. n. 6. & 8.* que refiere a otros, y *Mastrill. decis. 247. num. 55.* que aunque dixerõ, que si excedia la fundacion del cẽso por menor precio de lo tassado por las leyes en poca cantidad, se sustentaua, y podia reducir al precio justo; afirman, que si el excesso fuere considerable, en todo es nulo; y que mayor excesso se puede pẽsar, ni mas reprouado por las leyes, que fundar censo de mil ducados de principal, sin que se entreguen quiniẽtos ducados cauales, pues faltaron para dicha suma 5U900. reales, y ansi se tiene este contrato por vsurario, y nulo, y en virtud del no se puede pedir cosa alguna. Y refiere el señor don Iuan Bautista de la Rea, que assi se juzgò en el Consejo en muchas ocasiones *vbi sup. n. 23.* y esta es la mas segura y verdadera opinion acreditada por la *l. 1. tit. 21. lib. 4. Recop.* adonde se dize, que contra vn instrumento de que se pide execucion; se puedẽ oponer excepciones de falsedad, vsura, y miedo, que lo hazen inualido: y assi no se puede dudar, que esta excepciõ es de la via executiua, y que impide el remate, y por ella se deue reuocar la execucion, pues en contracto vsurario, por ser nulo, no la puede auer.

10 Y no obstarà el auerse pagado los reditos deste cẽso algunos años, para que se pretenda, que para lo futuro aya obligacion; porque esta alegacion reprueua la *l. si certis annis, C. de pact.* y en terminos lo resuelue assi *Auendañ. tract. de cẽsib. c. 7. n. 7. & seqq. præcipuè n. 14.* adonde dize, que no aprouecha la antiguedad

del

del cẽſo, ni la cõtinuaciõ de las pagas, põderãdo para eſto la *l.6.ti.15.li.5.reco.* y proſigue haſta el fin defẽdiẽdo eſta cõcluſiõ, y q̃ no puede auer ratificaciõ de cõtracto vſurario; porq̃ quãto mas ſe huuiere vſado del, tãto mayor pecado ſe comete, y mas reprouado es el exceſſo, y ſe confirma *ex l. doli exceptio 19.verſ. Diuerſum, ff. de nouation.* donde ſe decide, que la ſegũda obligacion de la muger que ratifica la primera, es igualmente inualida; porque en ella ay la miſma leſion, ibi: *Diuerſum eſt in muliere, quæ contra Senatuſcõſultum promiſsit, nam & in ſecunda promiſsione interceſsio eſt:* y lo miſmo ſe prueua por la *l. quamuis 8. §.2. ad fin. ff. ad Senat. Conſ. Velleian.*

11 El tercero fundamento es, que eſte cenſo ſe preſupone; que ſe vendio al Licenciado Diego Gomez de Mena, Oidor de Mexico, y que por ſu muerte pertenecio a ſus hijos menores; de los quales ſe refiere, q̃ fue tutora doña Mariana de Alciuia ſu madre, con cuyo poder ſe vendio al Conuento de las Batuecas: porque demas de que no conſta de la muerte del dicho Licenciado Diego Gomez de Mena, ni de q̃ aya dexado hijos, ni que la dicha doña Mariana de Alciuia aya ſido ſu madre, y tutora, que todo eſto ſe auia de prouar por inſtrumentos autenticos, y autos judiciales, y no por relaciones a ellos, que no hazen fe, *ex Authent. ſiquis in aliquo, C. de edend.* quando todo eſto fuera cierto, que ſe niega, adhuc no tuuiera derecho el Conuento, por dos cauſas.

12 La primera, porque no ſe podia introducir la dicha doña Mariana en la adminiſtracion de los bienes de los dichos menores ſin que primero huuiera hecho inuentario, y declarado en el pertenecerles eſte cẽſo por la *l. fin. §. illo, C. arbitrium tutelæ,* y era meneſter, que conſtara auer cumplido con eſta obligacion, y q̃ ſe le diſcerniera la tutela de ſus hijos.

La

13 La segunda, porque siendo como este censo es, hazienda raiz, no lo podia vender el tutor, ni administrador sin informaciõ de vtilidad, y decreto de la justicia, *ex tex. in l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel curat. sunt sine decret. non alien. l. cùm emancipatus 3. l. minorum 6. l. etsi is 9. l. prædiorum 10. cum pluribus alijs, C. de prædijs, & alijs rebus minor. sine decret. non alien. l. lex quæ tutores 22. C. de administrat. tutel.* Y assi este titulo de venta fue inualido, y en virtud del no se puede pedir cosa alguna a doña Maria de Quixada, quãdo el censo no tuuiera la nulidad, y defectos que arriba se han ponderado.

14 Præterea quando faltaran todos estos fundamentos, lo mas que pudiera pretender el Conuento, fuera, que se le pagaran reditos a razõ de 800. ducados, que se refiere auer sido el precio en que comprò este censo, *ex tex. in l. ab Anastasio, l. per diuersas, C. mandati,* que determinan, que el comprador de acciones solamente puede pedir al deudor lo que verdaderamente huuiere desembolsado por ellas.

15 Finalmente a doña Maria Quixada, por ser muger, y por la facilidad con que se dexò engañar, se deue conceder la restitucion que tiene pedida, ex clausula generali, si qua mihi iusta causa, *& obseruat Sforcia de restitut. p. 1. q. 3. n. 9. Ioan. Maur. Bolan. tract. de restitut. c. 375.* donde dize, que esto procede en viuda pobre, y es comun conclusion, y la siguen *la glo. in l. 1. C. de restit. in integ. Bart. & Fulgos. in l. fin. C. de iuris & facti ignor. Socin. Iunior cons. 116. n. 12. & seqq. lib. 2. Mantic. cons. 14. n. 29. & seqq. Rebuf. in commẽt. ad leges Gallic. tit. de restitution. in integrum, artic. 1. glos. 10.*

16 De todo lo dicho se infiere, que la execucion no fue pedida por parte legitima, que el cõtracto no la trae aparejada, por ser vsurario, inualido, y nulo, y q̃ ningun

ningun acto de aprouacion, y ratificacion le pudo confirmar; y que quãdo no padeciera eſtos defectos, no es legitimo dueño deſte cenſo el Conuento, ni ſe pudo vender ſin informacion de vtilidad, y decreto de la juſticia, perteneciendo a menores: y finalmente, que no tiene fundamento, ni juſtificacion la via executiua, y aſsi eſperamos ſe reuoque. Salua, &c.

Licenc. Paulo de Victoria.